

REPÚBLICA DE COLOMBIA



DEPARTAMENTO DE ARAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA

ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada ponente

Aprobado mediante Acta de Sala No.0271

Proceso:	ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
Radicación:	817363184001-20220023801 Enlace Link
Accionante:	Juan Pablo Galviz Gómez
Agente Oficioso:	Fays Eduardo Calderón Prado
Accionado:	NUEVA E.P.S. y UAESA
Derechos invocados:	Salud, vida, dignidad humana, igualdad, mínimo vital, seguridad social.
Asunto:	Sentencia

Sent. 071

Arauca (A), doce (12) de julio de dos mil veintidós (2022)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decidir la impugnación presentada por NUEVA E.P.S., contra la sentencia de tutela proferida el 27 de mayo del 2022 por el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA CIRCUITO DE SARAVERENA (A).

2. ANTECEDENTES

2.1. Del escrito de tutela¹. La Personería Municipal de Saravena, a través del señor FAYS EDUARDO CALDERÓN PRADO² presenta acción de tutela en defensa de los derechos fundamentales³ del menor JUAN PABLO GALVIZ GÓMEZ⁴, diagnosticado con *“epilepsia de tipo no especificado, otros trastornos del desarrollo del habla y del lenguaje, otros tipos de parálisis cerebral infantil, otros hipotiroidismos especificados, retardo en desarrollo, desprendimiento de la retina por tracción, enfermedad del reflujo gastroesofágico”*, para que la NUEVA E.P.S. suministre *“servicio de cuidador domiciliario por veinticuatro (24) horas, pañales desechables slip ultra tena talla M No. 5 unidades por día cantidad 450 pañales para tres (3) meses, ácido valproico 7cc-7cc-8cc cinco (05) frascos por mes quince (15) frascos para tres (03) meses, levotiroxina sódica por (50) mcg tableta cantidad 90”*; además, proporcione cita para asistir a *“consulta ambulatoria de medicina especializada en anestesiología (para sutura de*

¹ Presentado el 13 de mayo de 2022.

² Agente oficioso del menor JUAN PAABLO GALVIZ GOMEZ

³ Salud, vida, dignidad humana, igualdad, mínimo vital, seguridad social.

⁴ 12 años de edad.

córnea), consulta ambulatoria de medicina especializada pediatría (control cada 3 meses cita doble formulación especial), terapia ocupacional sesión por 20 (domiciliaria), terapia física sesión por 20 (domiciliaria), terapia de lenguaje sesión por 20 (domiciliaria), consulta de primera vez por especialista en cirugía pediátrica prioritaria con transporte aéreo con acompañante, monitorización electroencefalográfica por video y radio con solicitud de transporte aéreo, consulta ambulatoria con medicina especializada oftalmología pediátrica y retinología con solicitud de transporte aéreo con acompañante”.

Adicionalmente que, garantice el acceso a “consulta de primera vez por especialista en gastroenterología pediátrica, consulta de primera vez en endocrinología pediátrica, faringografía o esofagograma estudio de la deglución, consulta de control y seguimiento por neurología pediátrica”, las cuales se encuentran autorizadas por la E.P.S. desde el 6 de abril; situación similar ocurre con el procedimiento de “monitorización electroencefalográfica por video y radio con solicitud de transporte aéreo”.

También solicita, transporte aéreo (ida y regreso), transporte urbano, alimentación y alojamiento para el paciente y su acompañante; así mismo tratamiento integral.

Como medida provisional pide, ordenar el suministro de “servicio de cuidador domiciliario por veinticuatro (24) horas, pañales desechables slip ultra tena talla M No. 5 unidades por día cantidad 450 pañales para tres (3) meses, ácido valproico 7cc-7cc-8cc cinco (05) frascos por mes quince (15) frascos para tres (03) meses, levotiroxina sódica por (50) mcg tableta cantidad 90”.

Sostiene que, la madre del niño J.P.G.G., madre cabeza de hogar, carece de algún ingreso económico para sufragar dichos gastos; máxime cuando no puede trabajar porque su tiempo lo destina al cuidado personal de su hijo.

Como medios probatorios adjunta:

- Copia tarjeta de identidad del agenciado.
- Consulta externa pediatría- HOSPITAL DEL SARARE, 06/04/2022. Formulación de “pañales desechables slipp ultra tena talla M No. 5 Unidades por día No. 150 Unidades mes total 450 und. Para 3 meses. CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS”.
- Solicitud de procedimientos no quirúrgicos- HOSPITAL DEL SARARE, 06/04/2022. “consulta ambulatoria de medicina especializada en anestesiología (para sutura de córnea), consulta ambulatoria de medicina especializada pediatría (control cada 3 meses cita doble formulación especial), terapia ocupacional sesión por 20 (domiciliaria), terapia física sesión por 20 (domiciliaria), terapia de lenguaje sesión por 20 (domiciliaria), consulta de primera vez por especialista en neurología pediátrica (prioritaria se solicita transporte aéreo con acompañante), consulta de primera vez por especialista en cirugía pediátrica prioritaria con transporte aéreo con acompañante, monitorización electroencefalográfica por video y radio con solicitud de transporte aéreo, consulta ambulatoria con medicina especializada oftalmología pediátrica y retinología con solicitud de transporte aéreo con acompañante, consulta de primera vez por especialista en gastroenterología pediátrica, consulta de primera vez en endocrinología pediátrica”.

- Historia clínica HOSPITAL DEL SARARE, 06/04/2022. Diagnóstico: “epilepsia de tipo no especificado, otros trastornos del desarrollo del habla y del lenguaje, otros tipos de parálisis cerebral infantil, otros hipotiroidismos especificados, retardo en desarrollo, desprendimiento de la retina por tracción, enfermedad del reflujo gastroesofágico”.
- Historia clínica HOSPITAL DEL SARARE, 29/11/2021.
- Formulación del 21 de febrero de 2022: “ácido valproico 7cc-7cc-8cc cinco (05) frascos por mes quince (15) frascos para tres (03) meses, “pañales desechables slipp ultra tena talla M No. 5 Unidades por día No. 150 Unidades mes total 450 und. Para 3 meses, cuidador domiciliario 24 horas, levotiroxina sódica por (50) mcg tableta cantidad 90””.
- AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS NUEVA E.P.S. 06/04/2022. “consulta de primera vez en endocrinología pediátrica”. Remitido a CENTRO INTEGRAL DE ATENCIÓN DIAGNÓSTICA ESPECIALIZADA- CÚCUTA N/S.
- AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS NUEVA E.P.S. 06/04/2022. “Consulta de primera vez por especialista en neurología pediátrica”. Remitido a Subsidiado MEDYTEC SALUD IPS Arauca.
- AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS NUEVA E.P.S. 06/04/2022. “monitorización electroencefalográfica por video y radio”. Remitido a Subsidiado COMPAÑÍA DE NEURÓLOGOS NEUROCIRUJANOS Y ESPECIALIDADES AFINES, CÚCUTA N/S.
- AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS NUEVA E.P.S. 06/04/2022. “consulta de primera vez por especialista en gastroenterología pediátrica”. Remitido a Subsidiado CENTRO INTEGRAL DE ATENCIÓN DIAGNÓSTICA ESPECIALIZADA- CÚCUTA N/S.
- AUTORIZACIÓN DE SERVICIOS NUEVA E.P.S. 06/04/2022. “consulta de primera vez por especialista en cirugía pediátrica”. Remitido a Subsidiado CLÍNICA MEDICAL DUARTE, CÚCUTA N/S.
- Orden clínica del 14/02/2022 expedida en FUNDACIÓN OFTALMOLÓGICA DE SANTANDER “consulta de primera vez por especialista en anestesiología”.
- Orden clínica del 14/02/2022 expedida en FUNDACIÓN OFTALMOLÓGICA DE SANTANDER “prestación ancla cirugía, sutura de córnea”.
- Historia clínica 14/02/2022 expedida en FUNDACIÓN OFTALMOLÓGICA DE SANTANDER.
- Orden médica OPTI SALUD 18/04/2022 “Consulta de control o de seguimiento por especialista en retinología”.
- Orden médica CLÍNICA MATERNO INFANTIL SAN LUIS S.A. Bucaramanga, 14/02/2022. “Gastroenterología pediátrica consulta de control o de seguimiento por 2 meses”.
- Orden médica CLÍNICA MATERNO INFANTIL SAN LUIS S.A. Bucaramanga, 14/02/2022. “Faringografía o esofagograma estudio de la deglución”.
- Historia clínica- CLÍNICA MATERNO INFANTIL SAN LUIS S.A. 14/02/2022.

- Orden médica CLÍNICA MATERNO INFANTIL SAN LUIS S.A. Bucaramanga, 16/02/2022. “neurología pediátrica consulta de control y seguimiento por medicina, valoración intrahospitalaria en abril para realización de videoeeg”.
- Orden médica CLÍNICA MATERNO INFANTIL SAN LUIS S.A. Bucaramanga, 16/02/2022. “Monitorización electroencefalográfica por video y radio telemetría de 8 horas de duración nocturnas intrahospitalario programar para próximo viaje en abril”.
- Historia clínica – CLÍNICA MATERNO INFANTIL SAN LUIS S.A. 16/02/2022.
- Constancia INFANEURO 01/11/2017 “Se recomienda no realizar trayectos largos por tierra por riesgo de convulsiones, por lo cual se sugiere transporte aéreo”.

2.2. Trámite procesal.

Admitido el escrito tutelar⁵, el *a quo* corre traslado a las accionadas y concede dos (2) días para rendir informe en los términos del artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

Concede la medida provisional.

2.3. Respuestas.

NUEVA E.P.S. Afirma que, las atenciones o cuidados que requiere un paciente en su domicilio, si se trata de la modalidad de “enfermería” requiere orden médica proferida por el profesional de la salud correspondiente; y, la “atención de cuidador”, debe garantizarla el núcleo familiar del paciente, excepto en aquellos eventos cuando se encuentre materialmente imposibilitado, caso en el cual, es obligación del Estado suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado.

Con relación a *pañales desechables, gasas, guantes, pañitos húmedos, jeringas, toallas húmedas*, alega la inexistencia de fórmulas médicas que cumplan con la normatividad vigente MIPRES y solicita que la actora las radique, por cuanto toda prescripción de tecnología NO PBS debe efectuarse a través del aplicativo dispuesto por el Ministerio de Salud.

Indica que, no ha negado la prestación de los servicios de salud ni el acceso a los mismos, como se logra evidenciar en las pruebas aportadas por el accionante, estos han sido autorizados y garantizados. - “Consulta de primera vez en endocrinología pediátrica- Consulta de primera vez por especialista en neurología pediátrica. -Monitorización electroencefalográfica por video y radio. -Consulta de primera vez por especialista en gastroenterología pediátrica. -Consulta de primera vez por especialista en cirugía pediátrica. -Consulta primera vez en anestesiología. -Consulta de control o de seguimiento por especialista en retinología.- Gastroenterología pediátrica consulta de control o de seguimiento.- Faringografía o esofagograma estudio de la deglución”.

⁵ Auto de 13 de mayo de 2022.

En lo que respecta a los *servicios complementarios*, con relación al transporte, señala que, es obligación de la E.P.S. costear únicamente el del paciente porque su lugar de residencia – Saravena Arauca- recibe UPC diferencial de conformidad con la Resolución 2381 de 2021 “*Por la cual se fija el valor anual de la Unidad de Pago por Capitación- UPC que financiará los servicios y tecnologías de salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado para la vigencia 2022 y se dictan otras disposiciones*”; pero nó para el acompañante, hasta tanto no se acredite que el agenciado deba asistir acompañado a las citas programadas y además, no se demostró la imposibilidad de sufragar los mismos. Situación similar predica con el servicio de *alimentación y alojamiento*, pues no evidencia solicitud médica que así lo ordene, además, dichos gastos están a cargo de la familia por corresponsabilidad.

Solicita, negar la *atención integral* en salud por tratarse de hechos inciertos, y porque no ha vulnerado derechos fundamentales; no acceder al servicio de transporte porque el accionante reside en municipio que no cuenta con UPC DIFERENCIAL; negar hospedaje y alimentación por no cumplir con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional; vincular a la Secretaria de Salud Departamental de Arauca para que financie los servicios y tecnologías excluidos del PBS; y, por último, subsidiariamente, ordenar el recobro al ADRES en caso de acceder a las pretensiones de la demanda.

2.4. Decisión de Primera Instancia⁶.

El JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE SARAVERENA (Arauca) concedió el amparo y ordenó:

“**SEGUNDO: ORDENAR a NUEVA EPS, a través de su Representante Legal o quien haga sus veces, para que dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) HORAS siguientes a la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, AUTORICE Y/O SUMINISTRE al menor JUAN PABLO GALVIZ GÓMEZ, el servicio de cuidador domiciliario por veinticuatro (24) horas, pañales desechables slip ultra tena talla M No. 5 unidades por día cantidad 450 pañales para tres (3) meses, ácido valproico 7cc-7cc-8cc cinco (05) frascos por mes quince (15) frascos para tres (03) meses, levotiroxina sódica por (50) mcg tableta cantidad 90, también citas para asistir a consulta ambulatoria de medicina especializada en anestesiología (para sutura de córnea), consulta ambulatoria de medicina especializada pediatría (control cada 3 meses cita doble formulación especial), terapia ocupacional sesión por 20 (domiciliaria), terapia física sesión por 20 (domiciliaria), terapia de lenguaje sesión por 20 (domiciliaria), consulta de primera vez por especialista en cirugía pediátrica prioritaria con transporte aéreo con acompañante, monitorización electroencefalográfica por video y radio con solicitud de transporte aéreo, consulta ambulatoria con medicina especializada oftalmología pediátrica y retinología con solicitud de transporte aéreo con acompañante, consulta de primera vez por especialista en gastroenterología pediátrica, consulta de primera vez en**

⁶ Sentencia del 27 de mayo de 2022.

*endocrinología pediátrica, faringografía o esofagograma estudio de la deglución, consulta de control y seguimiento por neurología pediátrica, alojamiento, alimentación, transporte urbano e intermunicipal para el y su acompañante, con ocasión de las patologías que padece tal y como lo ordena el médico tratante, advirtiendo que se debe hacer el acompañamiento al paciente para que efectivamente se le presten los servicios de salud ordenados y requeridos de acuerdo a las órdenes médicas que obran en el plenario y de las que tenga conocimiento NUEVA E.P.S., respetando en todo momento el **PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD**".*
(sic).

El *a quo* consideró que la NUEVA E.P.S. no garantizó el acceso a los servicios médicos prescritos por el médico tratante al menor J.P.G.G., sujeto de especial protección constitucional por su minoría de edad y las patologías que revelan una evidente condición de dependencia y requiere atenciones indispensables para mejorar sus condiciones de salud; razón por la cual, la accionada debe prestar en lo sucesivo y en forma efectiva e integral los servicios de salud a que tiene derecho, y bajo ninguna circunstancia debe negarse a suministrar tecnologías no financiadas con recursos de la UPC, ni imponer barreras de acceso, toda vez que, a partir de las Resoluciones 205 y 206 de 2020 expedidas por el Ministerio de Salud se fijaron los presupuestos máximos para que las E.P.S. o EOC garanticen la atención integral a sus afiliados.

2.5. La impugnación⁷. La NUEVA E.P.S solicita revocar la sentencia de primera instancia, porque ha autorizado y garantizado los servicios médicos requeridos por el agenciado; con excepción de servicios complementarios los cuales no se encuentran cubiertos en el PBS.

Respecto al tratamiento integral, refiere que, no es dable ordenar servicios futuros o inciertos, toda vez que, conlleva a presumir la mala fe de la entidad al suponer que negará el acceso a los mismos cuando el paciente los requiera.

Insiste en la pretensión subsidiaria, de ordenar el recobro ante el ADRES en caso de conceder el amparo solicitado.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación es competente para resolver la impugnación propuesta al ser el superior funcional del Juez que profirió la decisión.

3.2. Requisitos de procedibilidad

⁷ Presentada el 02 de junio de 2022.

Legitimación en la causa por activa y por pasiva. De conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, la tutela puede ser promovida por cualquier persona que considere amenazados o vulnerados sus derechos fundamentales.

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha considerado que son tres los requisitos que deben cumplirse para hacer uso de la agencia oficiosa, a saber: (i) que el agente manifieste expresamente que actúa en nombre de otro; (ii) que se indique en el escrito de tutela o que se pueda inferir de él que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa (sin que esto implique una relación formal entre el agente y el titular) y (iii) que el sujeto o los sujetos agenciados se encuentren plenamente identificados.⁸

Tratándose de menores de edad, cualquier persona puede presentar la acción de amparo su favor, es así que de antaño la sentencia T-462 de 1993 puntualizó que:

“Cualquier persona puede interponer acción de tutela ante la eventualidad de una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del niño. La interpretación literal del último inciso del artículo 44 de la Carta, que permite a cualquier persona exigirle a la autoridad competente el cumplimiento de su obligación de asistir y proteger al niño, no puede dar lugar a restringir la intervención de terceros solamente a un mecanismo específico de protección de los derechos, vgr. la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución. Este entendimiento de la norma limitaría los medios jurídicos instituidos para la defensa de los derechos del menor, quien por su frágil condición debe recibir una protección especial”.

Igualmente, la sentencia T-408 de 1995 indicó que: “la Corte Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que cualquiera persona está legitimada para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño, o la ausencia de representante legal”. En ese sentido esta Corporación se pronunció en las sentencias T-482 de 2013, T-551 de 2014, T-270 de 2016, T-196 de 2018, entre otras.

En este caso, el señor FAYS EDUARDO CALDERÓN PRADO, promueve el amparo a favor del menor J.P.G.G. de 12 años de edad; por lo tanto, es evidente que a la luz de la jurisprudencia constitucional existe legitimación por activa para agenciar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, la NUEVA E.P.S. se encuentra legitimada, en tratándose de la Empresa Promotora de Salud donde se encuentra afiliado el agenciado.

⁸ Ver sentencias T-294 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-330 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-667 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-444 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo), T-004 de 2013 (M.P. Mauricio González Cuervo) y T-545 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-526 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa), entre muchas otras.

Inmediatez. Se cumple este requisito, si tenemos en cuenta que, las ordenes médicas datan del pasado 06 de abril de 2022, y, la acción de tutela presentada el 13 de mayo del presente año.

Subsidiariedad. Conforme a la jurisprudencia constitucional⁹, la Supersalud es competente para conocer, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, de asuntos que abarcan, por un lado, aquellos relativos a la:

“[c]obertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (Plan Obligatorio de Salud), cuando su negativa por parte de las Entidades Promotoras de Salud o entidades que se les asimilen ponga en riesgo o amenace la salud del usuario, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia.”¹⁰

Por otro lado, la Supersalud también está facultada para conocer y fallar asuntos relacionados con:

“[c]onflictos entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y/o entidades que se le [sic] asimilen y sus usuarios por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.”¹¹

Ahora bien, la Corte ha encontrado que, por razones tanto normativas como prácticas, el mecanismo mencionado no resulta idóneo ni eficaz en muchos de los casos en que se acude a la acción de tutela para exigir la protección del derecho a la salud.¹² De hecho, en la Sentencia T-224 de 2020,¹³ la Corte estableció, con base en la jurisprudencia sobre la materia, una serie de parámetros que el mecanismo jurisdiccional mencionado debe cumplir para consolidarse como un medio idóneo y eficaz de defensa y solicitó al Gobierno nacional que adoptara, implementara e hiciera público un plan de medidas para adecuar y optimizar su funcionamiento.

En virtud de lo anterior, se torna procedente la presente acción, ante la ineficacia del mecanismo jurisdiccional consagrado ante la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD¹⁴.

⁹ Sentencia T-122 de 2021.

¹⁰ Ley 1122 de 2007, Artículo 41, literal a), modificado por la Ley 1949 de 2019.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Para ver sistematizaciones recientes de los principales hallazgos de la Corte en este sentido, consultar las sentencias SU-124 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. A.V. Alejandro Linares Cantillo y José Fernando Reyes Cuartas; T-224 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo; y SU-508 de 2020. MM.PP. José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos. A.V. Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Richard S. Ramírez Grisales.

¹³ Sentencia T-224 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera. A.V. Luis Guillermo Guerrero Pérez. S.P.V. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁴ Artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 y modificada por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, estipula que la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD posee facultades jurisdiccionales para dirimir los asuntos atinentes a la cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos o no en el P.B.S., con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

3.3. Problema Jurídico

Determinar si la NUEVA E.P.S vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna al menor J.P.G.G. al no autorizar las prescripciones ordenadas por el médico tratante, y si es procedente el tratamiento integral.

3.4. Supuestos jurídicos

3.4.1. De la naturaleza de la acción de tutela

Conforme lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, toda persona puede acudir a la acción de tutela para propender por la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular encargado de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

De igual modo, el artículo 6 del Decreto 306 de 1992¹⁵, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015¹⁶ señala que en el fallo de tutela el Juez deberá señalar el derecho constitucional fundamental tutelado, citar el precepto constitucional que lo consagra, y precisar en qué consiste, la violación o amenaza del derecho frente a los hechos del caso concreto.

3.2.1. Derecho fundamental a la salud de los niños discapacitados.¹⁷

La Constitución establece en su artículo 44 que son derechos fundamentales de los niños “*la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...)*”. Así mismo, indica dicha norma que estos prevalecen sobre los derechos de los demás. Aunado a ello, se destaca que la familia, la sociedad y el Estado deben asistir al niño o niña para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías.

Esta decisión del Constituyente de 1991 se fundamentó en las condiciones de debilidad inherentes a todos los seres humanos durante esa etapa de la vida y en la obligación del Estado de “*promover las condiciones para que el principio de igualdad se aplique en forma real y efectiva, así como a la necesidad de adoptar medidas en favor de quienes, en razón de su edad, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta*”¹⁸.

¹⁵ Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

¹⁶ Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

¹⁷ T-406 de 2015 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁸ Artículo 13.

Aunado al carácter fundamental y prevalente que se ha dado a los derechos de los niños, la Corte ha señalado que la acción de tutela procede de manera directa para su guarda y protección sin que medie otro derecho para ello. Así, en la sentencia T-206 de 2013 indicó:

“El artículo 44 constitucional consagra la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas sobre los de los demás. Esta norma establece de forma expresa los derechos a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social de los menores de edad son fundamentales. Asimismo, dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño o niña para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías. La Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas, por encontrarse en condición de debilidad, merecen mayor protección, de forma tal que se promueva su dignidad. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses. Adicionalmente, atendiendo al carácter de fundamental del derecho, la acción de tutela procede directamente para salvaguardarlo sin tener que demostrar su conexidad con otra garantía, incluso en los casos en los que los servicios requeridos no estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Igualmente, ha sostenido que cuando se vislumbra su vulneración o amenaza, el juez constitucional debe exigir su protección inmediata y prioritaria.”

Ahora bien, la protección especial de los niños y las niñas en lo que atañe al derecho a la salud, ha sido reconocida en diversos tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad al tenor del artículo 93 de la Carta de 1991¹⁹.

No obstante, la Ley 1751 de 2015²⁰ establece como uno de los principios del derecho fundamental a la salud, la *prevalencia de derechos*, en esa medida dispone que: *“El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años;(…)”*.

Igualmente, el mismo cuerpo normativo en su artículo 11²¹ resalta que **los niños y niñas como las personas en condición de discapacidad, son sujetos de especial protección constitucional**. En ese entendido, indica que el Estado deberá proteger de manera especial a dichos sujetos, así como deberá garantizarse la atención en salud sin restricciones de tipo administrativo o económico.

¹⁹ Sentencia T-037 de 2006: Convención sobre los Derechos del Niño, Declaración de los Derechos del Niño, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, entre otros.

²⁰ “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

²¹ Artículo 11. Sujetos de especial protección. “La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención. (...)”

De otro lado, en lo que atañe a la guarda de los derechos de las personas en estado de discapacidad, la Corte ha establecido que le asiste el deber al Estado de adoptar las medidas necesarias para que esta población disfrute de sus derechos sin ser discriminados ni marginados por la sociedad. Así, en la Sentencia T-288 de 1995, indicó:

“El Constituyente no fue ajeno a la situación de marginalidad y discriminación a la que históricamente han sido expuestas las personas disminuidas física, sensorial o psíquicamente. Es así como la Carta Política consagra derechos fundamentales y derechos prestacionales en favor de los discapacitados. La igualdad de oportunidades y el trato más favorable (CP art. 13), son derechos fundamentales, de aplicación inmediata (CP art. 85), reconocidos a los grupos discriminados o marginados y a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. De otra parte, los discapacitados gozan de un derecho constitucional, de carácter programático (CP art. 47), que se deduce de la obligación estatal de adoptar una política de previsión, rehabilitación e integración social.

“Los derechos específicos de protección especial para grupos o personas, a diferencia del derecho a la igualdad de oportunidades, autorizan una `diferenciación positiva justificada` en favor de sus titulares. Esta supone el trato más favorable para grupos discriminados o marginados y para personas en circunstancias de debilidad manifiesta (CP Art. 13).”²²

En cuanto al derecho a la salud de las personas en condición de discapacidad, la Corte ha establecido que la atención que se les suministra debe caracterizarse por procurar la mejoría del paciente, buscar que este avance en el proceso de recuperación de su limitación física, psíquica o sensorial y su tratamiento debe estar acompañado por personal especializado. Al respecto, la Sentencia T-197 de 2003 señaló:

“(...) es frecuente que el discapacitado requiera atención médica especializada a fin de mantener o mejorar las habilidades físicas o mentales disminuidas y, en la mayoría de casos, buscar la conservación de la vida en condiciones dignas. De esto se desprende que, en situaciones concretas, el suministro de una adecuada y pronta atención en salud del discapacitado supedita la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna y la integridad física, por lo que el amparo constitucional a través de la acción de tutela resulta procedente, más aún si se tienen en cuenta los imperativos que desde la misma Carta Política se extraen sobre la protección reforzada a la que son acreedores los limitados físicos y mentales.”

Finalmente, la Corporación ha indicado que el tratamiento que se debe suministrar al niño con discapacidad debe caracterizarse por ser íntegro. Así las cosas, en la Sentencia T-179 de 2004 señaló:

“Por consiguiente, a los niños discapacitados hay que darles el servicio eficiente, integral, óptimo en tratamiento y rehabilitación para que mejore

²² Sentencia T-288 de 1995.

las condiciones de vida, valor éste que está en la Constitución y es una facultad inherente a todos los seres humanos, con mayor razón a aquellos que padecen enfermedades y no ofrezcan perspectiva de derrota de la dolencia. De todas maneras, son seres humanos que tienen derecho a encontrarle un sentido a la vida..."

El Alto Tribunal ha indicado que es labor del Estado garantizar a los menores en condición de discapacidad la totalidad del tratamiento, así como que el servicio de salud que se les preste debe caracterizarse por ser especializado. Así, la Sentencia T-862 de 2007 reiteró:

"De otra parte, la protección constitucional a los niños se encuentra reforzada cuando padecen de alguna clase de discapacidad, la cual tiene fundamento en los artículos 13 y 47 Superiores. Dichos mandatos generan para el Estado la obligación de implementar un trato favorable para ellos, a través de acciones afirmativas que permitan garantizar la ayuda efectiva para los menores que se encuentran en situación de inferioridad o desventaja con el propósito que puedan remediarlas eficazmente. En esta labor, el Estado debe asegurar que a los discapacitados, se les brinde la totalidad del tratamiento previsto para su enfermedad. (Negrilla fuera del texto original)

Bajo este contexto, el servicio en salud al que tienen derecho las personas con discapacidad debe ser especializado, en cuanto que éstas son merecedoras de una atención acorde a su situación. De ahí que, si el niño es beneficiario del Régimen de Seguridad Social, los facultativos deben acudir a los avances de la ciencia médica para procurarle una mejor condición de vida, así la enfermedad no pueda derrotarse."²³ (Negrilla fuera del texto original)

De otro lado, la legislación no ha sido ajena a los derechos de los discapacitados. En tal medida las leyes 1346 de 2009, 1618 de 2013 y 1751 de 2015 disponen que las personas con discapacidad son sujetos de especial protección, por cuanto al Estado le asiste el deber de velar por la garantía de sus derechos entre ellos el de salud y rehabilitación, por lo que deberá adoptar las medidas tendientes a brindar una atención en salud oportuna que le permita a la persona progresar en su limitación.

De esta manera, debe advertirse que los infantes requieren de una atención en salud idónea, oportuna y prevalente, respecto de la cual toda entidad pública o privada tiene la obligación de garantizar su acceso efectivo a los servicios como lo ordena el artículo 50 superior, en concordancia con los principios legales de protección integral e interés superior de los niños y niñas.

De todo lo anterior se colige que los niños y niñas en condición de discapacidad gozan de una protección especial en la que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte de todas las autoridades públicas, incluyendo al juez constitucional. Por ende, cuando la falta de suministro del servicio médico afecta los derechos

²³ Sentencia T-518 de 2006.

a la salud, a la integridad física y a la vida de los niños y las niñas, se deberán modular o inaplicar las disposiciones que restrinjan el acceso a los servicios que requieren, teniendo en cuenta que tales normas de rango inferior impiden el goce efectivo de sus garantías superiores.

3.4.2. Del tratamiento integral.

Los criterios jurisprudenciales vigentes sostienen que: *“el servicio de salud prestado por las entidades del Sistema debe contener todos los componentes que el médico tratante establezca como necesarios para el pleno restablecimiento del estado de salud o la mitigación de las dolencias del paciente, sin que sea posible fraccionarlos, separarlos o elegir cuál de ellos aprueba en razón del interés económico que representan. En este sentido, ha afirmado que la orden del tratamiento integral por parte del juez constitucional tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante del accionante. No obstante, este tribunal ha señalado que la solicitud de tratamiento integral no puede tener como sustento afirmaciones abstractas o inciertas, sino que deben confluir unos supuestos para efectos de verificar la vulneración alegada, a saber:*

- *Que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio, como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos o la realización de tratamientos; y*
- *Que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico tratante, en que se especifiquen las prestaciones o servicios que requiere el paciente.²⁴*

Acorde con la Corte Constitucional, el reconocimiento del tratamiento integral solo se declarará cuando *“(i) la entidad encargada de la prestación del servicio ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones y ello pone en riesgo los derechos fundamentales del paciente²⁵, y (ii) cuando el usuario es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con los menores de edad, adultos mayores, indígenas, desplazados, personas con discapacidad física o que padezcan enfermedades catastróficas, o con aquellas personas que “exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas”²⁶.*

Así mismo, en sentencia T-081 de 2019, precisó que la orden de tratamiento integral depende de varios factores, tales como:

“(i) que existan las prescripciones emitidas por el médico, el diagnóstico del paciente y los servicios requeridos para su atención;

(ii) la EPS actúe con negligencia en la prestación del servicio, procedido en forma dilatoria y haya programado los mismos fuera de un término razonable; y

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T 475 del 06 de noviembre de 2020. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T 062 de 03 de febrero de 2017. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y sentencia T 178 de 24 de marzo de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

(iii) con ello, la EPS haya puesto en riesgo al paciente, al prolongar “su sufrimiento físico o emocional, y genera[r] (...) complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte”.

De modo que, el juez de tutela debe precisar el diagnóstico que el médico tratante estableció respecto del actor y frente al cual recae la orden del tratamiento integral. Esto, por cuanto no le es posible a la autoridad judicial dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas, pues, de hacerlo, se estaría presumiendo la mala fe de la entidad promotora de salud, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados²⁷.

3.4.3. De los servicios complementarios.

En tratándose de servicios complementarios, la reiterada jurisprudencia de esta Corte²⁸ indica que, *una EPS vulnera el derecho a la salud de una persona afiliada a ella cuando se abstiene de pagar los gastos de transporte intermunicipal y de estadía (incluidos su alojamiento y alimentación) – estos últimos si la persona debe permanecer más de un día en el lugar donde recibirá la atención que necesita– que el usuario debe cubrir para acceder a un servicio o tecnología en salud ambulatorio (incluido en el plan de beneficios vigente) que requiere y que es prestado por fuera del municipio o ciudad donde está domiciliado.*

La Corporación unificó²⁹ su criterio en el sentido de que cuando un usuario del Sistema de Salud *debe desplazarse de su municipio o ciudad de residencia para acceder a un servicio de salud ambulatorio que requiere y está incluido en el plan de beneficios vigente, pues la EPS autorizó la prestación de tal servicio en una institución prestadora por fuera de dicho municipio o ciudad, la EPS debe asumir el servicio de transporte, por cuanto no hacerlo podría equivaler a imponer una barrera de acceso al servicio. Este servicio de transporte intermunicipal para paciente ambulatorio no requiere prescripción médica porque es después de la autorización de la EPS (que sigue a la prescripción) que el usuario sabe en dónde exactamente le prestarán el servicio ordenado por su médico.* Por eso, el cubrimiento del servicio de transporte intermunicipal es responsabilidad de la EPS desde el momento en que autoriza la prestación del servicio de salud en un municipio distinto a aquél donde vive el usuario.

3.4.4. El servicio de cuidador.

La Corte Constitucional en sentencia T-015 de 2021 realizó la distinción entre el servicio de auxiliar de enfermería³⁰ y de cuidador:

²⁷ Corte Constitucional, sentencia T 092 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²⁸ Citado en Sentencia T-122 de 2021.

²⁹ Sentencia SU-508 de 2020.

³⁰ Incluido en el PBS como atención domiciliaria. Resolución 2292 de 2021. Artículo 8 y 25.

respecto del primero señala que, “como modalidad de la atención domiciliaria, según lo ha entendido la jurisprudencia constitucional, es aquel que solo puede ser brindado por una persona con conocimientos calificados en salud”. Es diferente al **servicio de cuidador** que se dirige a la atención de necesidades básicas y no exige una capacitación especial.³¹

En relación con el *servicio del cuidador*, la jurisprudencia de la Corte destaca que: “i) su función es ayudar en el cuidado del paciente en la atención de sus necesidades básicas, sin requerir instrucción especializada en temas médicos.³² ii) Se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que ello implique la sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS. iii) Se trata de un servicio que debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente, en atención a un primer nivel de solidaridad que corresponde a los parientes de un enfermo. Sin embargo, excepcionalmente una EPS podría estar obligada a prestar el servicio de cuidadores con fundamento en el segundo nivel de solidaridad para con los enfermos en caso de que falle el primer nivel por ausencia o incapacidad de los familiares y cuando exista orden del médico tratante”.³³

Indicó la Corte³⁴ que, de acuerdo con la interpretación y el alcance que la misma Corporación atribuyó al artículo 15 de la Ley estatutaria 1751 de 2015, que todo servicio o tecnología que no esté expresamente excluido del Plan Básico de Salud, se entiende incluido en éste, razón por la cual debe ser prestado.³⁵ En relación con el servicio de cuidador, el tema planteado es la posibilidad de que una EPS preste el servicio de cuidadores cuando no se encuentra excluido ni reconocido en el Plan de Beneficios de Salud. Circunstancia que, actualmente, permanece vigente con la expedición de la **-Resolución 2273 de 2021**³⁶, y la **Resolución 2292 de 2021**, toda vez, que el cuidador no se encuentra excluido ni incluido en el PBS.

Bajo este contexto, la jurisprudencia constitucional sostiene que, como una medida de carácter excepcional, *la EPS deberá prestar el servicio de cuidador cuando se cumplan dos condiciones:*

“(1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y

(2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud

³¹ Sentencias T-260 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera; T-336 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, en las cuales se explican las diferencias entre los dos tipos de servicio.

³² Sentencia T-471 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

³³ Sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas, y T-414 de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-015 de 2021.

³⁵ Entre otras, las sentencias T-364 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

³⁶ “Por la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud”.

en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio.”³⁷

En síntesis, para prestar cuidados especiales a un paciente en su domicilio es necesario verificar: *(i) una orden proferida por el profesional de la salud, si se trata del servicio de enfermería, y (ii) en casos excepcionales si el paciente requiere el servicio de cuidador y este no puede ser garantizado por su núcleo familiar por imposibilidad material, es obligación del Estado suplir dicha carencia y en tales casos se ha ordenado a las EPS suministrar el servicio para apoyar a las familias en estas excepcionales circunstancias, cuando el cuidador sea efectivamente requerido”.*

3.4.5. De los pañales desechables.

La Corte, en Sentencia SU-508 de 2020, puntualiza que, son entendidos por la jurisprudencia constitucional como insumos necesarios para personas que padecen especialísimas condiciones de salud y que, debido a su falta de locomoción y al hecho de depender totalmente de un tercero, no pueden realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones regulares³⁸. La finalidad de los pañales es, a su vez, reducir la incomodidad e intranquilidad que les genera a las personas no poder controlar cuándo y dónde realizar sus necesidades³⁹.

También, ha reconocido además que, si bien los pañales no proporcionan un efecto sanador de las enfermedades de los pacientes, aquellos sí constituyen elementos indispensables para preservar el goce de una vida digna de quien lo requiere⁴⁰ y, por tanto, se circunscriben al elemento de bienestar desarrollado por la definición de salud.

Advierte que, el suministro de pañales debe establecerse de conformidad con el modelo de plan de beneficios excluyente adoptado en la Ley y cuya constitucionalidad fue declarada en la sentencia C-313 de 2014. Que, si no se encuentra expresamente excluido el suministro de pañales, debe considerarse que son tecnología en salud incluidas implícitamente en el PBS.

Dicha interpretación, está en armonía con el artículo 6 literal g) de la Ley 1751 de 2015 que establece el principio de progresividad del derecho a la salud, es decir, que el acceso a los servicios y tecnologías se amplía gradual y continuamente.

³⁷ Al respecto pueden ser consultadas, entre otras, las sentencias T-423 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz; T-065 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos, y T-458 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

³⁸ C. Const., sentencia de tutela T-752 de 2012.

³⁹ C. Const., sentencia de tutela T-752 de 2012.

⁴⁰ C. Const., sentencias de tutela, T-519 e 2014 y T-131 de 2015, reiteradas por la sentencia T-471 de 2018.

De tal forma, **si existe prescripción médica de pañales y se solicita su suministro por medio de acción de tutela, se deben ordenar directamente.** Al respecto, la Corte ha reiterado que no es constitucionalmente admisible que se niegue cualquier tecnología en salud incluida en el plan de beneficios que sea formulada por el médico tratante bajo ninguna circunstancia. De hecho, para la Corte la negativa de servicios incluidos constituye una afrenta al derecho fundamental a la salud y al estado constitucional de derecho⁴¹.

Excepcionalmente, puede ordenarse el suministro de esta tecnología por vía de tutela, sin que medie prescripción médica, siempre y cuando se cumplan unos requisitos específicos⁴². En ese sentido, el juez de tutela puede ordenar el suministro de pañales cuando, a partir de la historia clínica u otras pruebas se evidencie su necesidad dada la falta del control de esfínteres⁴³, derivada de los padecimientos que aquejan a la persona o de la imposibilidad que tiene ésta para moverse sin la ayuda de otra⁴⁴. En todo caso esta determinación deberá condicionarse a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante, dada la importancia del criterio especializado del profesional de la salud.

Ante la ausencia de prescripción médica y pruebas (p. ej. la historia clínica) que permitan evidenciar la necesidad de los insumos, la Alta Corporación considera que, en principio, procede la acción de tutela para amparar el derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico. Esto significa, que el juez constitucional podrá ordenar a la entidad promotora de salud que realice la valoración médica del paciente y determine la necesidad de autorizar pañales, cuando a partir de los hechos se advierta un indicio razonable de afectación a

⁴¹ La Corte ha destacado que “por disposición legal los servicios contenidos en el catálogo de beneficios se encuentran financiados por (...) [el] mecanismo establecido en el Sistema General de Seguridad Social en Salud para costear exclusivamente esta clase de prestaciones. Como consecuencia, las entidades aseguradoras no pueden negarlas bajo ninguna circunstancia. || En el mismo sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que los conceptos comprendidos en el POS deben ser de obligatoria prestación en razón a que son ordenados por el galeno a cargo, quien realiza la valoración del historial clínico y las condiciones físicas o mentales de la persona para prescribir la tecnología en salud más eficaz e idónea para prevenir, diagnosticar, tratar, rehabilitar o paliar su enfermedad. Por ende, si la EPS o la EOC niega dicha prescripción está vulnerando el derecho fundamental a la salud del afiliado o beneficiario. || Este Tribunal concluye que una gran cantidad de usuarios del sistema deben acudir a la acción de amparo para reclamar las prestaciones que requieren, pese a estar cobijadas por el plan de beneficios correspondiente. Esto evidencia una actitud contraria al Estado constitucional de Derecho por la afrenta de los derechos de los usuarios del sistema de salud a manos de algunas EPS. (...) || Para la Corte se transgrede el derecho a la salud del paciente cuando se le obliga a acudir a la administración de justicia para hacer valer sus derechos constitucionales, máxime al estar en riesgo su salud, integridad personal y su propia vida. (...) En suma, no es constitucionalmente admisible que se niegue cualquier prestación incluida en el plan de beneficios que sea formulada por el médico tratante, debido a que se ponen en riesgo los derechos fundamentales de la persona, aunado a que el servicio ya fue costeadado por el sistema.” Cfr. C. Const. Auto 411 de 2015, reiterando sentencias de tutela T-971 de 2011 y T-918 de 2012, T-073 de 2013, T-160 de 2014, T-255 de 2015, entre otras.

⁴² Véase, p. ej., C. Const., sentencia de tutela T-471 de 2018.

⁴³ C. Const., sentencia de tutela T-014 de 2017.

⁴⁴ C. Const., sentencias de tutela T-790 de 2012, T-216 de 2014 y T-742 de 2017, reiteradas por la sentencia T-471 de 2017. Asimismo C. Const., sentencias de tutela T-940 de 2014, T-226 de 2015.

la salud y se concluya que es imperioso impartir una orden de protección.

Finalmente, considera la Corte que, respecto de los pañales al ser tecnologías en salud incluidas en el PBS, no puede exigirse prueba de la capacidad económica como se había planteado en anteriores pronunciamientos. La Corte aclara que la regla de incapacidad económica del paciente o su familia constituía uno de los requisitos jurisprudenciales para la autorización de los servicios no incluidos bajo la vigencia del antiguo POS, previo a la entrada en vigor de la Ley Estatutaria de Salud. Por consiguiente, bajo el imperio de la ley estatutaria en salud no solo no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar pañales por vía de tutela, sino que además resulta contrario a dicha normativa.

3.5. Examen del caso

Se trata del menor JUAN PABLO GALVIZ GÓMEZ, diagnosticado con *“epilepsia de tipo no especificado, otros trastornos del desarrollo del habla y del lenguaje, otros tipos de parálisis cerebral infantil, otros hipotiroidismos especificados, retardo en desarrollo, desprendimiento de la retina por tracción, enfermedad del reflujo gastroesofágico”*; quien a través de agente oficioso, acude a este mecanismo excepcional para que la NUEVA E.P.S. suministre *“servicio de cuidador domiciliario por veinticuatro (24) horas, pañales desechables slip ultra tena talla M No. 5 unidades por día cantidad 450 pañales para tres (3) meses, ácido valproico 7cc-7cc-8cc cinco (05) frascos por mes quince (15) frascos para tres (03) meses, levotiroxina sódica por (50) mcg tableta cantidad 90”*;- además, proporcione citas para asistir a - *“consulta ambulatoria de medicina especializada en anestesiología (para sutura de córnea), consulta ambulatoria de medicina especializada pediatría (control cada 3 meses cita doble formulación especial), terapia ocupacional sesión por 20 (domiciliaria), terapia física sesión por 20 (domiciliaria), terapia de lenguaje sesión por 20 (domiciliaria), consulta de primera vez por especialista en cirugía pediátrica prioritaria con transporte aéreo con acompañante, monitorización electroencefalográfica por video y radio con solicitud de transporte aéreo, consulta ambulatoria con medicina especializada oftalmología pediátrica y retinología con solicitud de transporte aéreo con acompañante”*;- garantice el acceso a *“consulta de primera vez por especialista en gastroenterología pediátrica, consulta de primera vez en endocrinología pediátrica, faringografía o esofagograma estudio de la deglución, consulta de control y seguimiento por neurología pediátrica; y, monitorización electroencefalográfica por video y radio con solicitud de transporte aéreo”*; Adicionalmente, brinde servicios complementarios y tratamiento integral.

La primera instancia concedió todo lo pedido, frente a lo cual la NUEVA E.P.S. plantea su inconformidad en relación a los servicios complementarios porque están excluidos del PBS; y respecto al tratamiento integral, por considerar que dicha orden presume la mala fe de la entidad en cuanto a negar prescripciones futuras, máxime cuando ningún servicio médico ha negado.

Al verificar el material probatorio, ninguna incertidumbre existe frente al diagnóstico del niño J.P.G.G; y de las órdenes médicas prescritas por los médicos tratantes, así:

(i). Consulta externa pediatría- HOSPITAL DEL SARARE, 06/04/2022. Formulación de “pañales desechables slipp ultra tena talla M No. 5 Unidades por día No. 150 Unidades mes total 450 und. Para 3 meses. cuidador domiciliario 24 horas”.

Formulación del 21 de febrero de 2022: “ácido valproico 7cc-7cc-8cc cinco (05) frascos por mes quince (15) frascos para tres (03) meses, “pañales desechables slipp ultra tena talla M No. 5 Unidades por día No. 150 Unidades mes total 450 und. Para 3 meses, cuidador domiciliario 24 horas, levotiroxina sódica por (50) mcg tableta cantidad 90”.

(ii). Solicitud de procedimientos no quirúrgicos- HOSPITAL DEL SARARE, 06/04/2022. “consulta ambulatoria de medicina especializada en anestesiología (para sutura de córnea), consulta ambulatoria de medicina especializada pediatría (control cada 3 meses cita doble formulación especial), terapia ocupacional sesión por 20 (domiciliaria), terapia física sesión por 20 (domiciliaria), terapia de lenguaje sesión por 20 (domiciliaria), consulta de primera vez por especialista en neurología pediátrica (prioritaria se solicita transporte aéreo con acompañante), consulta de primera vez por especialista en cirugía pediátrica prioritaria con transporte aéreo con acompañante, monitorización electroencefalográfica por video y radio con solicitud de transporte aéreo, consulta ambulatoria con medicina especializada oftalmología pediátrica y retinología con solicitud de transporte aéreo con acompañante, consulta de primera vez por especialista en gastroenterología pediátrica, consulta de primera vez en endocrinología pediátrica”.

Prescripciones de las cuales la NUEVA E.P.S. **desde el 6 de abril de 2022 autorizó:** (i) “consulta de primera vez en endocrinología pediátrica”. Remitido a CENTRO INTEGRAL DE ATENCIÓN DIAGNÓSTICA ESPECIALIZADA- CÚCUTA N/S. (ii) “Consulta de primera vez por especialista en neurología pediátrica”. Remitido a Subsidiado MEDYTEC SALUD IPS Arauca. (iii) “monitorización electroencefalográfica por video y radio”. Remitido a Subsidiado COMPAÑÍA DE NEURÓLOGOS NEUROCIRUJANOS Y ESPECIALIDADES AFINES, CÚCUTA N/S. (iv). “consulta de primera vez por especialista en gastroenterología pediátrica”. Remitido a Subsidiado CENTRO INTEGRAL DE ATENCIÓN DIAGNÓSTICA ESPECIALIZADA- CÚCUTA N/S. (v) “consulta de primera vez por especialista en cirugía pediátrica”. Remitido a Subsidiado CLÍNICA MEDICAL DUARTE, CÚCUTA N/S.; se desconoce el motivo por el cual omitió las correspondientes a : “servicio de cuidador, pañales desechables, ácido valproico 7cc-7cc-8cc cinco (05) frascos por mes quince (15) frascos para tres (03) meses, levotiroxina sódica por (50) mcg tableta cantidad 90”; “consulta ambulatoria de medicina especializada en anestesiología (para sutura de córnea), consulta ambulatoria de medicina especializada pediatría (control cada 3 meses cita doble formulación especial), terapia ocupacional sesión por 20 (domiciliaria), terapia física sesión por 20 (domiciliaria), terapia de lenguaje sesión por 20 (domiciliaria), consulta ambulatoria con medicina especializada oftalmología pediátrica y retinología con solicitud de transporte aéreo con acompañante”; desconocemos las razones de la tardanza en suministrar servicio de cuidador, ordenado por el médico tratante adscrito al HOSPITAL DEL SARARE, justificada en el diagnóstico que padece el menor J.P.G.G., que hace necesaria la ayuda de un tercero como apoyo para sus actividades básicas; máxime cuando se sabe a través del escrito de tutela que la madre del menor es “cabeza de hogar”, y no cuenta con los recursos económicos para

sufragar dicho gasto; circunstancias que la EPS no desvirtuó en el trámite tutelar al recaerle la carga de la prueba.⁴⁵

Situación similar ocurre con la provisión de pañales desechables, que de acuerdo con las reglas jurisprudenciales **“Si existe prescripción médica se ordena directamente por vía de tutela”**, sin exigirse prueba de capacidad económica; en consecuencia, la E.P.S. debe suministrarlos.

Frente a las demás consultas especializadas, que cuentan con prescripción médica, deberán ser autorizadas por la NUEVA E.P.S. y garantizar el acceso a las mismas, sin imponer barreras administrativas.

En lo que respecta a los **servicios complementarios**, deberán proveerse luego que la E.P.S. autorice los servicios médicos, y cuando el paciente sabe en dónde exactamente recibirá la atención o servicio ordenado por el médico cuando se trate de un municipio distinto a aquél donde reside, para ello, es deber del usuario pedir las citas ante las IPS asignadas que hacen parte de la red prestadores de servicios de salud, luego tramitar ante la E.P.S. la respectiva solicitud de servicios complementarios; para el caso de alojamiento y alimentación, siempre y cuando deba permanecer más de un día en el lugar donde recibirá la atención que necesita.

Por lo anterior, resulta procedente confirmar la orden de **tratamiento integral**, porque de acuerdo a los criterios señalados por la jurisprudencia, la E.P.S. exhibe su negligencia ante la negativa de autorizar y proporcionar la totalidad de las órdenes médicas; situación que coloca en riesgo y prolonga el sufrimiento físico y emocional del agenciado, siendo necesarios para garantizar una vida en condiciones dignas y justas; además, no se está presumiendo la mala fe de la entidad, sino de proteger el goce efectivo de los derechos fundamentales del menor J.P.G.G., máxime en tratándose de un **sujeto de especial protección constitucional** con múltiples diagnósticos que afectan su salud.

De hecho, conforme a la jurisprudencia constitucional⁴⁶, el artículo 13 de la Constitución, impone al Estado el deber de proteger de manera reforzada a las personas que, por su situación, son sujetos de especial protección. Igualmente, los artículos 47 y 54 de la Constitución comportan el fundamento constitucional de protección especial que se da a las personas en condición de discapacidad⁴⁷. Es así, como entre los grupos que el Constituyente quiso incluir como objeto de protección reforzada, se encuentra el de las personas en situación de

⁴⁵ Sentencias T-259 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, T-081 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-309 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, entre otras.

⁴⁶ Sentencia T-017 de 2021 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁴⁷ Sentencia T-170 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

discapacidad⁴⁸. Sobre el particular, la Corte en sentencia T-120 de 2017⁴⁹, señaló que a las EPS corresponde:

*“a) Garantizar la accesibilidad e inclusión de las personas con discapacidad en todos sus procedimientos, lugares y servicios; b) Deberán establecer programas de capacitación a sus profesionales y empleados para favorecer los procesos de inclusión de las personas con discapacidad; c) Garantizar los servicios de salud en los lugares más cercanos posibles a la residencia de la persona con discapacidad, incluso en las zonas rurales, o en su defecto, facilitar el desplazamiento de las personas con discapacidad y de su acompañante; d) Establecer programas de atención domiciliaria para la atención integral en salud de las personas con discapacidad; e) **Eliminar cualquier medida, acción o procedimiento administrativo o de otro tipo, que directa o indirectamente dificulte el acceso a los servicios de salud para las personas con discapacidad (...)**”*

En efecto, la prestación del servicio de salud requiere un trabajo conjunto de la EPS y de las IPS con las que tiene vinculación, con la finalidad de garantizar la misma de manera integral. Por consiguiente, el deber de las EPS en la prestación del servicio no se agota en la autorización de órdenes médicas, si no en asegurar junto con las Instituciones Prestadoras del Servicio de Salud el trazar las rutas o planes pertinentes para que la atención sea eficiente e integral, aún más cuando se trata de atenciones esenciales para sujetos de especial protección constitucional⁵⁰.

Cuestión final: Si la inconformidad de la E.P.S. recae sobre la fuente de financiación de servicios excluidos del P.B.S., esta no puede convertirse en una barrera para el usuario, al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que, **“Las EPS e IPS deben garantizar el acceso a los servicios y tecnologías requeridos con independencia de sus reglas de financiación; una vez suministrados, están autorizadas a efectuar los cobros y recobros que procedan de acuerdo con la reglamentación vigente. Esta posibilidad opera, por tanto, en virtud de la reglamentación y está sometida a las condiciones establecidas en ella; no depende de decisiones de jueces de tutela. Al advertir esta situación, la Sala no desconoce la importancia del criterio de sostenibilidad financiera en el Sistema de Salud. Para que este funcione en condiciones óptimas, es necesario que el Estado garantice un flujo adecuado, suficiente y oportuno de los recursos a las entidades a cargo de suministrar los servicios y tecnologías que los usuarios requieren”**.⁵¹ (Negrita y Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, se confirmará la sentencia impugnada.

⁴⁸ Sentencia T-468 de 2018 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

⁴⁹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁰ Sentencia T- 339 de 2019. Alberto Rojas Ríos.

⁵¹ Sentencia T-224/20.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA SALA ÚNICA, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley.

RESUELVE

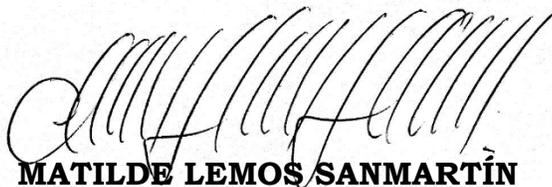
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada.

SEGUNDO: Luego de las notificaciones correspondientes, remítase la actuación a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada